



Facultat de Ciències Jurídiques
i Econòmiques · FCJE

Título: El reconocimiento judicial de la maternidad subrogada como hecho causante de la prestación por maternidad

Alumna: María Alejandra Aular Rojas

Tutor: Santiago García Campá

Titulación: Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Curso académico: 2017/2018

Índice

1. Introducción	3
2. La maternidad subrogada. Definición y antecedentes	6
3. La gestación subrogada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida	8
4. Interés superior del menor y filiación	15
4.1. Doble perspectiva del interés superior del menor	18
5. Pronunciamientos y sentencias de los tribunales españoles	23
5.1. Pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia	23
5.2. Pronunciamientos del Tribunal Supremo	25
5.3. Pronunciamientos del TJUE en materia de maternidad subrogada	30
6. Hecho causante en el caso de la Maternidad Subrogada	33
6.1 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya del 9 de marzo de 2015 (recurso 126/2015)	34
6.2 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria del 4 de noviembre de 2016. (Recurso 741/16)	37
7. Conclusiones	39
8. Bibliografía	42
9. Anexo. Relación de Sentencias	44
English Summary	45

1. Introducción

En el presente Trabajo Final de Grado se pretende estudiar las sentencias más relevantes sobre la gestación subrogada y la trayectoria de las mismas hasta su reconocimiento como hecho causante de la prestación por maternidad.

El tema que se abordará a lo largo del trabajo es un tema controvertido puesto que, en la actualidad, debido a la escasa regulación y existencia de prohibiciones que veremos más adelante, el proceso de gestación por sustitución no está permitido llevarlo a cabo en territorio español y es un tema en el cual se muestran dos posiciones bastante claras: quienes están a favor de que se reconozca la prestación en dichos casos y quienes se muestran contrarios a dicho reconocimiento.

La razón que me ha motivado a escoger este tema es principalmente el poco conocimiento que tenía al respecto debido a que es un tema que se ha visto marcado por la ilegalidad de la práctica en gran parte del mundo y por tanto se ha tratado como tema tabú, sin embargo, cada día son más los casos que se conocen al respecto. Esta especie de tabú, ha creado en mi un deseo de aprender más sobre el tema y qué mejor oportunidad para aprender del mismo que un trabajo como el que presento a continuación al que le he dedicado tiempo y ganas. Con este trabajo espero alcanzar un nivel de conocimiento del tema adecuado para su posterior defensa y encontrar las razones que fundamenten a la misma.

El trabajo se estructurará de la siguiente manera, en el segundo apartado se hará un intento de definir la gestación subrogada y se comentarán los antecedentes de la misma. Posteriormente en el apartado tercero realizamos un examen de la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida pues esta ley es una de las pocas leyes españolas que hacen referencia a la gestación por sustitución. En el apartado cuarto se realiza un análisis más relacionado con el derecho civil, el mismo se centra en definir el interés del menor a partir de definiciones dadas por algunos autores, y posteriormente conocemos el debate que se crea alrededor de dicho principio y la doble perspectiva que se le da al mismo. Aparte de esto, en el apartado quinto se estudia también la filiación del menor nacido mediante gestación subrogada, y los problemas que se pueden derivar de la misma, además de la relevancia que tiene en

este caso la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En el apartado quinto se desarrolla un estudio de los pronunciamientos que han tenido los distintos tribunales en las sentencias más relevantes al respecto y las razones que han llevado a los mismos a tales pronunciamientos. El apartado sexto desarrolla el hecho causante de la prestación por maternidad en casos de maternidad subrogada atendiendo a la dificultad que conlleva el establecimiento del mismo y los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia al respecto. Por último, en el apartado séptimo nos encontraremos con las conclusiones más relevantes del tema en cuestión.

Cuando hablamos de prestaciones de la seguridad social, hacemos referencia al subsidio que tiene atribuido el trabajador como consecuencia de la suspensión de su contrato laboral, por causas específicas¹ y, por lo tanto, la suspensión de la obligación del empresario de pagar los salarios. En el caso de la prestación por maternidad, se trata de aquel subsidio que se da a la causante de la misma por parte de la Seguridad Social para proteger una situación de necesidad en la que uno de los progenitores, que por lo general suele ser la madre, ve suspendido su contrato laboral y, por lo tanto, los salarios, con motivo del embarazo o el acto jurídico de adoptar o acoger². O como expresa la catedrática A. V. Palacios³, “se trata de una renta sustitutiva de las rentas dejadas de percibir a consecuencia de la suspensión del contrato”. Esta prestación atiende a varios requisitos, siendo uno de los más importantes que la situación del trabajador/ora esté incluida en lo que se considera “situaciones protegidas”. Estas situaciones son la maternidad biológica, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento provisional, siempre y cuando su duración sea como mínimo de un año. Como puede apreciarse, no aparece enunciada expresamente la situación de la madre comitente. Como segundo requisito se exigirá que la persona que vaya a disfrutar de la prestación se encuentre dada de alta en la Seguridad Social.

¹ Incapacidad temporal, incapacidad permanente, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, cuidado de menores afectados por el cáncer u otra enfermedad grave. TRLGSS arts. 169-176; 193-200; 177-182; 186-189; 190-192.

² Art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social “Situaciones protegidas”: A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

³ Cambios sociales y prestación económica de maternidad (sobre la maternidad subrogada), *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 12, 2017.

Y, como tercer requisito, se exigirán períodos de carencia dependiendo de la edad, teniendo en cuenta que a aquellas personas menores de 21 años no se les pedirá dicho período. La duración de la prestación es de dieciséis semanas que se pueden disfrutar en cualquier momento que el/la trabajadora considere conveniente, teniendo en cuenta que seis semanas se corresponderá con el descanso obligatorio destinado, principalmente, al descanso y recuperación de la madre en caso de parto biológico.

Hemos visto pues que la prestación por maternidad se compone de dos tipos de descansos, el obligatorio que son las seis semanas necesarias después del parto, y el descanso voluntario, que son las 10 semanas restantes, las cuales, como ya hemos comentado anteriormente, puede disfrutar en cualquier momento, ya sea antes o después del descanso obligatorio. El/La trabajadora que vaya a disfrutar del permiso tendrá la posibilidad de decidir si quiere compartir una parte o todo el período del descanso voluntario con el otro progenitor, según lo establecido en el artículo 48.4 párrafo segundo del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su artículo décimo prohíbe expresamente el contrato por maternidad subrogada y expresa que si alguien la llevara a cabo en territorio español el menor sería inscrito directamente como primogénito de quien lo diese a luz, no de los padres comitentes. Sin embargo, muchos, muy diversos y controvertidos han sido los casos que se han presentado en los tribunales españoles en los que un menor nacido en un país extranjero mediante esta técnica ha sido inscrito en el registro como hijo de los padres intencionados. El punto de conexión de los diferentes casos se encuentra, sobre todo, en la filiación del menor y la petición de uno de los progenitores a la prestación por maternidad.

En el presente trabajo se pretende, por una parte, comentar los aspectos más relevantes acerca de estas situaciones y, a la vez, realizar un estudio de las mismas atendiendo a la correspondiente solicitud de la prestación por maternidad de la Seguridad Social.

2. La maternidad subrogada. Definición y antecedentes

Dar una definición concreta y específica de la maternidad subrogada supone una tarea muy difícil. Sin embargo, podríamos decir que cuando hablamos de maternidad subrogada nos referimos a aquella práctica en la que, al verse la imposibilidad de gestar un hijo, ya sea por problemas genéticos o por razón de sexo, como veremos más adelante, se decide recurrir a una tercera persona para que sea ésta quien lleve en su vientre al feto, el cual puede o no tener vínculo biológico con la gestante subrogada. Se lleva a cabo mediante un contrato civil en el que se especifican todos los derechos y obligaciones que tienen que cumplir ambas partes, tanto la gestante como los padres por sustitución.

La gestación por subrogación o sustitución es una práctica que no es nueva, ya en la biblia aparece reflejada en el versículo Génesis 16. En este versículo se cuenta la historia de una pareja que no podía procrear pues la mujer había sido castigada con la infertilidad. Sin embargo, esta mujer llamada Saray tenía una esclava la cual decidió entregar a su marido para que éste la fecundara y así quedarse con el niño que la esclava diera a luz.

Incluso en Mesopotamia, en el año 1750 a.c, el rey Hammurabi establecía entre sus leyes que, si una mujer era infértil, se le entregaría una esclava con el fin de que esta le diera a la pareja un hijo.

Hoy en día, al hablar de gestación subrogada debemos diferenciar entre dos tipos de gestación subrogada, la tradicional, plena o total, y la gestacional o parcial. La principal diferencia entre ambas es el origen de los óvulos. Así, en la gestación subrogada tradicional los espermatozoides provienen del padre comitente mientras que los óvulos los aporta la gestante. La gestación subrogada gestacional, hace uso de la Fecundación In Vitro y al mismo tiempo utiliza los gametos de los padres intencionales.

En el año 1976 se lleva a cabo el primer contrato de maternidad subrogada tradicional y al mismo tiempo se abre la primera agencia de gestión de vientres de alquiler. El contrato lo lleva a cabo el abogado Noel Keane mediante una gestación por subrogación de modalidad tradicional. Dos años después, en el 1978, nace el primer

niño fruto de una fecundación in vitro lo que hace que la gestación por subrogación como la conocemos en la actualidad aparezca, es decir, la gestación por subrogación gestacional⁴. Esta nueva modalidad proporciona la posibilidad de que la mujer gestante no tenga ningún vínculo biológico con el bebé, pues, gracias a la fecundación in vitro, los padres por sustitución pueden facilitar sus óvulos y espermatozoides y así ser padres biológicos o, recurrir a la donación de óvulos y de esta forma no comprometer a la gestante.

⁴ Vilar, S. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, p. 902.

3. La gestación subrogada en la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

Según lo establecido en el artículo 1 de la ley objeto de estudio en este apartado, la misma surge con la necesidad de regular ciertas situaciones que se llevaban a cabo por aquellas personas que, ante la imposibilidad de procrear por diversos motivos, como problemas genéticos que deriven en gametos defectuosos, la inexistencia del útero u otros motivos como es el caso de las parejas homosexuales o las madres solteras, deciden someterse a lo que llamamos “técnicas de reproducción asistida”.

En primer lugar, se denominan Técnicas de Reproducción Asistida aquellos métodos artificiales que cumplen las funciones de una reproducción natural y que se encuentran expresamente reguladas en el Anexo A) de la citada norma, estas son: inseminación artificial, fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones, y, finalmente, transferencia intratubárica de gametos.

En lo referente a la gestación por subrogación, la ley que estamos estudiando establece en su artículo décimo lo siguiente: *“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*.

Como hemos comentado anteriormente, la ley establece que el contrato por el que se regula la maternidad subrogada es ilegal y, establece que la filiación se determinará por el parto, sin embargo, no hace ningún tipo de referencia a aquellos casos en los que la filiación se hace en registros españoles pero en el extranjero mediante sentencia judicial y es ésta, precisamente, la causa de muchos problemas que se han presenciado en los tribunales españoles. Muchos han sido los casos en los que se ha utilizado esta ley como defensa a la hora de dar una negativa a la concesión de la prestación por maternidad en los casos de maternidad subrogada, sin embargo, al ser tan escasa la referencia que hace la presente ley a dichos casos, merece la pena que

nos detengamos un momento a analizar el alcance y los límites que tiene el citado párrafo.

Alcance de la ley en los casos de maternidad subrogada:

- No contempla la maternidad subrogada como una posibilidad legal. Si se diera el caso, el menor sería registrado como primogénito de la mujer gestante como dicta la ley.
- El contrato mediante el cual se lleva a cabo la práctica también se considera nulo de pleno derecho, con lo cual dicho contrato no tendría ninguna validez a ojos de los tribunales españoles.
- Contempla la posibilidad de que sea el padre biológico, es decir, aquel que dona sus espermatozoides para que sean ligados con los óvulos de otra mujer que no sea la madre intencionada, quien acceda a la reclamación de la paternidad y, posteriormente, a la prestación por paternidad.

Límites de la ley en los casos de maternidad subrogada:

- La ley no hace referencia a la filiación mediante sentencia judicial que los padres puedan llevar a cabo en embajadas españolas del país en el que se ha llevado a cabo el proceso, posibilidad que existe desde el año 2010 debido a la instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución aprobada por la Dirección General de Registros y del Notariado.
- Como establece que el contrato por el que se regula la práctica es nulo de pleno derecho y que la filiación en territorio español se decidirá por medio del parto, no hace ningún otro tipo de alusión a la gestación subrogada.

Aunque el análisis en profundidad del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, nos sirve para entender mejor el alcance y los límites de la misma, lo cierto es que estamos ante una ley que no hace referencia ni mucho menos regula el núcleo del presente trabajo, el cual pretende, como se ha expresado en diferentes ocasiones, comentar los aspectos más relevantes en cuanto a la prestación por maternidad en casos de maternidad subrogada materia

que pertenece al ámbito de la Seguridad Social dado su carácter prestacional. Sin embargo, y sin negar que dicha práctica es ilegal en el territorio español, la presente ley no regula dicha prestación y sería un error negar la prestación basándose en la ilegalidad de la práctica y dejando sin protección alguna una situación de necesidad real como lo es el cuidado y la atención del menor y todo lo que esta situación supone pues:

Incluso en el extremo (y controvertido, pues no hay jurisprudencia al respecto, salvo error) supuesto del reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los casos de poligamia, en favor de todas las viudas, sin perjuicio de la evidente nulidad de los vínculos conyugales subsiguientes al primero, nos encontramos con matrimonios válidamente celebrados de acuerdo con la ley nacional de los contrayentes (Moreno, 2017, p.262).

Lo verdaderamente interesante sobre esta ley a efectos del tema en cuestión es que como se ha dicho al principio del apartado, ha servido como referencia en muchos razonamientos. A continuación mencionaremos las posiciones y opiniones de varios autores en representación de los dos bloques de posicionamientos al respecto del litigio.

Noelia Igareda González, en su artículo *La inmutabilidad del principio “Mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España*, comenta las causas que llevan a un posicionamiento contrario a la concesión de la prestación y posteriormente hace una contestación a dichos razonamientos. Destaca la autora como primer razonamiento el que se ha tenido en numerosas ocasiones y que se refiere a la cosificación del cuerpo humano o como establece la misma, la utilización del cuerpo humano como objeto de transacción lucrativa en el cual el mismo es un medio y no un fin.

Este argumento está relacionado con la desaprobación moral que suscita el convertir en un objeto de transacción económica la capacidad reproductiva de las mujeres, ya que se entiende que supone una degradación de su condición de mujer y un grave atentado contra sus derechos humanos y su dignidad. (Igareda, 2015, p. 5).

Sigue en su argumentación la autora destacando la comparación que se ha hecho entre el tema en cuestión y la prostitución pues se ha considerado que la finalidad es

la misma, es decir, utilizar el cuerpo humano para fines lucrativos, además de considerarse, erróneamente a mi juicio, que la mujer es solo mujer porque tiene la capacidad de gestar, juicio que además pienso sería contradictorio con lo argumentado pues destaca como único aspecto importante sobre la mujer su capacidad reproductiva. Continúa Igareda resaltando la opinión de autores y en resumen llega a la conclusión de que, según estas opiniones, la mujer debe ser sensible y debe tener instinto maternal, pues lo contrario sería como destaca la autora “anti mujer” lo cual no debería ser tolerado jurídicamente, pero mi pregunta es, ¿sucede lo mismo cuando un padre decide abandonar a su hijo, dar la custodia al otro progenitor y desentenderse sentimentalmente?, ¿es la carencia de sentimientos en general lo que no se debe tolerar jurídicamente? ¿O solo no se debe tolerar que una mujer sea la que carezca de sentimientos?

Una de las propuestas que destaca Igareda en cuanto a la utilización del cuerpo humano con fines lucrativos es promover la creación de una regulación que se encargue de prohibir la contraprestación en estos casos, así según ella la gestación por subrogación se asemejaría a la donación de órganos pues ambas prácticas tendrían una finalidad altruista. Sin embargo, autoras como María Paz García Rubio y Margarita Herrero Oviedo consideran que exigir que la práctica sea siempre altruista sería contraproducente pues “hace prevalecer criterios derivados de una determinada moral social y termina infravalorando la aportación de la gestante; además, el rechazo a cualquier remuneración puede hacernos caer en hipócritas diferencias entre precio y otras indemnizaciones que en realidad ocultan remuneraciones efectivas” (García, & Herrero, 2018).

Como segundo argumento, destaca la autora la posibilidad de explotación de mujeres⁵ que puede derivar como resultado del reconocimiento de la práctica. Por otra parte, hace alusión al juicio a futuro que hacen algunos autores sobre la mentalidad de una persona que puede no existir aún, como dice la autora:

Se esgrimen razones de respeto a la nueva persona que nacerá fruto de estas técnica de reproducción humana asistida, que se considera verá sus derechos y dignidad humana vulnerados por haber sido concebido de esta manera, sin haber podido prestar su consentimiento (Igareda, 2015, p. 4).

⁵ Que se encuentren en situación de extrema necesidad y acudan a la práctica motivadas por la contraprestación que pueda derivarse de la misma.

Razonamiento cuyo sustento resulta erróneo por considerar que se puede juzgar a una persona por razón de nacimiento, lo cual contraría lo establecido en el art. 14 de la Constitución española⁶. Igareda considera que el hecho de ser una persona que viene al mundo mediante esta práctica no debería suponer un atentado contra la dignidad de la persona puesto que existen otras situaciones como es el caso de la donación de gametos, en la que la persona que nace como fruto de esta práctica no puede saber su origen.

Por su parte, la catedrática Arántzazu Vicente Palacio destaca en su artículo *Cambios sociales y prestación económica de maternidad (Maternidad Subrogada)* que los razonamientos nombrados anteriormente no tienen un sustento real pues, por una parte, ninguno de los casos que se han conocido en tribunales españoles han versado sobre un supuesto en el que se haya generado explotación y en el caso de la cosificación de la mujer destaca que:

Sería cuestionable si incurre en ella quien desea acceder a la maternidad biológica y abona el precio que le es solicitado por esa gestación voluntaria o quien reduce el valor de la mujer a su condición esencial o primaria, que es su capacidad de gestar (Vicente, 2017, p. 138).

A esta argumentación se suman autoras como M. Paz García y Margarita Herrero quienes consideran que la prohibición de llevar a cabo una gestación a favor de otra persona supone una negación de la libertad de decisión de la misma, libertad que considera “inherente” a la dignidad de la persona y que no se debe considerar “explotación” cuando la que decide llevar a cabo esta práctica, conoce y es consciente de los riesgos que pueden derivarse, además coincide en que “es preferible regular la maternidad subrogada en el sistema interno que ignorar que existe dentro y fuera de nuestras fronteras, pues sólo así puede ejercerse cierto control sobre la práctica y pueden ponderarse adecuadamente los intereses en juego” (Knopplers/ Le Bris, 2005, p. 617).

En contra de esta argumentación, entre otros autores destacamos a la autora L. Nuño quien realiza una dura crítica a la práctica y la califica como “Proxenetismo reproductivo legal” además de recalcar a lo largo de su obra que la gestación

⁶ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” art 14 CE.

subrogada no es más que otra forma de desigualdad entre hombres y mujeres, práctica en la cual se reafirma una vez que no se trata de libre decisión pues atendiendo a la situación en la que se han visto envueltas las mujeres del mundo a lo largo de la historia se demuestra que “la reproducción no fue nunca un asunto que se dejara a merced del criterio de la libre elección de las mujeres.” (Nuño, 2016, pp. 685)

Realiza la autora una llamativa comparación entre lo que considera que significa la mujer gestante para la sociedad:

Frente al plano simbólico de la esposa o la mujer privada-buena, consagrada a un solo hombre “mediante el interdicto de su capacidad erótica”, la “puta” se construye como alter ego: como mujer sexualizada y erotizada, como mujer pública-mala. La gestación comercial rompe con esta dicotomía o binarismo y la gestante para otros se construye simbólicamente como un nuevo modelo: la mujer pública-buena (Nuño, 2016, 686).

En cuanto al razonamiento -al que se han referido en varias ocasiones no solo en libros, revistas, sino también en tribunales- referido a la defensa del apego que se genera entre madre e hijo durante la gestación, Igareda establece que el apego no sólo se establece durante la gestación y yo por mi parte considero que no se debería priorizar el vínculo que se pueda generar durante la gestación frente al vínculo generado a lo largo de una vida cuando ya se tiene una concepción de amor y familia.

Eleonora Lamm también realiza un estudio destacando las causas que llevan a un posicionamiento tanto a favor como en contra de la práctica. Entre los razonamientos en contra de la práctica destacamos la explotación y cosificación de la mujer y, a modo de respuesta, afirma E. Lamm (2012) “que se sostiene que tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay por qué hablar de explotación, ni aun interviniendo dinero. El argumento de la explotación es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer” (p. 8). Además, también destaca la manipulación a la que se someten los cuerpos femeninos debido a las técnicas de reproducción asistida, el daño que causa a la gestante y al menor el quiebre de la relación materno-filial que se genera durante el periodo de gestación, la consideración del menor como un objeto de mercantilización y los problemas que puedan surgir por posibles abortos.

Destaca también los posicionamientos a favor de entre los cuales han llamado especialmente mi atención el que se da como respuesta a la defensa de que al apartar

al menor de la gestante se genera un daño irreparable para la misma, contra esto destaca Lamm que existen estudios que demuestran que esta práctica no atenta contra la salud física y psíquica. Además, se sostiene que es muy difícil construir una teoría sólida sobre la influencia y la naturaleza del intercambio prenatal, ya que depende de cada mujer y aparenta ser totalmente singular⁷.

Por último la autora acentúa la necesidad de una regulación puesto que:

Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona. (Lamm, 2012, p.31).

Lamm asegura que la regulación de esta práctica acabaría con muchos de los problemas que se suscitan de la misma sobre todo con el llamado “mercado de vientres” y con las discriminaciones que se derivan de las limitaciones legales con las que se encuentran ciertos colectivos de personas a la hora de querer formar una familia. Hablamos pues de discriminaciones como el turismo reproductivo en el que las personas económicamente estables que quieran llevar a cabo un contrato de gestación subrogada lo podrán llevar a cabo mientras que aquellas que no cuentan con la economía suficiente -para viajar a otro país en el que la práctica sea legal- se verán limitados. También destaca que no regular la práctica supondría un acto discriminatorio para aquellas mujeres que no tienen útero o para aquellas parejas homosexuales compuestas por hombres pues estos segundos a la hora de formar una familia no tendrían más opción que adoptar y la posibilidad de tener descendencia genética sería imposible.

No regular o considerar ineficaces los acuerdos de gestación por sustitución no sólo trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas, sino que contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres y a la inevitabilidad de su destino biológico (Lamm, 2012, p. 33).

⁷ Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. InDret Revista para el análisis del derecho 3/2012.

4. Interés superior del menor y filiación

El interés del menor está directamente relacionado con la filiación del menor que nace mediante la gestación subrogada pues así mismo lo establece la propia Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010 cuya finalidad es dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, y establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida.

El interés superior del menor es una de las figuras a las que con más frecuencia se alude cuando hablamos de la gestación por sustitución, pues se trata de la figura más vulnerable en estos casos. Este término aparece reflejado en títulos como *La declaración de los derechos de los niños*, declaración que lo establece como su principio segundo, en concreto establece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

También aparece reflejado como “consideración primordial” en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* en sus artículos 5.b⁸ y 16.1.d⁹, así como en el art. 3.1¹⁰ de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin embargo, a pesar de que se menciona en preceptos tan importantes como los citados, ninguno de ellos establece una definición exacta de lo que es el interés superior del menor principio que ha resultado decisivo para los tribunales que han

⁸ “Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.”

⁹ “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

¹⁰ “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

abordado casos de maternidad subrogada como el caso *Menesson y Labassee* contra Francia, en el cual, de forma resumida, dos familias francesas son condenadas por los tribunales franceses a que a los respectivos primogénitos, en el caso de los *Menesson* dos niñas y en el caso *Labassee* una, se les anule la inscripción registral considerando que la práctica por la que han sido traídas al mundo es una práctica ilegal en territorio francés, permitiendo así que las pequeñas se quedaran en territorio francés pero sin ser reconocidas legalmente. El Tribunal de los Derechos Humanos tuvo que actuar condenando la actuación de los tribunales franceses alegando que mediante su decisión dejaban a las pequeñas en situación de “incertidumbre legal”.

También diferentes autores han hecho el intento de asignar una definición concreta a este principio entre los cuales podemos destacar los siguientes:

J.M. Ostos (2012) establece que “sea cual sea la fórmula preferida, en todo caso se está manifestando con claridad meridiana una voluntad de aspirar a la protección y defensa del interés del menor (es decir, de su persona) por encima de otras consideraciones” (p. 40).

“Se trata de una expresión que acoge o subsume un principio garantista, en el sentido de que gira en torno a la protección del menor en cuanto a sus derechos como ser humano.

- Es un concepto jurídico indeterminado de gran amplitud, lo que está en consonancia con su carácter cinético, predicable en multitud de circunstancias.
- Es una norma interpretativa para la resolución de conflictos jurídicos, pues los jueces y tribunales están obligados a traer a colación y a concretar, en la resolución de conflictos, ese interés a favor de los menores.
- Puede considerarse un mandato político-normativo, para la promoción, establecimiento y consolidación de políticas públicas en defensa de los intereses de los menores.” (Nicasio, Núñez y Pizarro, 2015).

La especial vulnerabilidad y debilidad de los menores, que al estar en proceso de maduración y desarrollo son todavía incapaces de dirigir plenamente sus

vidas con la suficiente responsabilidad, estando por ello ante sujetos de derecho merecedores de una especial atención, protección, previsión y promoción. (Garibó, 2017, p.248)

C.C. Valdés (2014) “un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.” (p.479).

También se encuentra establecido como principio rector de las actuaciones de los poderes públicos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero¹¹.

En todos los casos que se tomarán en cuenta para la realización del presente trabajo, a la hora de acudir a los tribunales para que sean estos quienes tomen una decisión sobre el problema que se les plantee veremos como ya existe una convivencia del menor con los padres comitentes y esto, a lo que en los tribunales se ha optado por denominar consideración del núcleo familiar en muchas ocasiones es uno de los factores decisorios a la hora de conceder la prestación por maternidad a los padres comitentes, por una parte porque se considera que sería contrario al interés superior del menor separarle del seno de la familia con la que ha estado conviviendo y con la que se han creado lazos para, en su lugar, dejarlo al amparo de instituciones que no podrían nunca aportarle la atención, el cobijo y la seguridad que una familia puede darle y esto deriva en una situación de necesidad real entonces, puesto que las prestaciones han sido creadas específicamente para cubrir situaciones reales de necesidad la contestación a la correspondiente solicitud debería ser estimatoria¹². Refiriéndose al artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1996 establece M. Ordás (2016) “el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño.”

El concepto de violación de los derechos del menor también ha estado muy presente en pronunciamientos y sentencias de esta índole, veremos cómo en muchas ocasiones se considera que la gestación por subrogación atenta contra los propios

¹¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹² Véase caso *Mennesson y Labassee contra Francia* y *Campanelli y Paradisso contra Italia*.

derechos del menor, pero también observaremos como el no reconocimiento tanto de la filiación (Ejemplo caso *Menesson y Labassee contra Francia*) como el no reconocimiento de la prestación por maternidad por parte del INSS por tratarse de un supuesto ilegal también se han tratado como un atentado contra los derechos del propio menor.

4.1. Doble perspectiva del interés superior del menor

El interés superior del menor es un concepto que a grandes rasgos se puede entender, sabemos que al referirnos a él estamos pensando en el bien superior para el menor, y en su bienestar en todos los ámbitos posibles como ha destacado E. Bataller i Ruiz (2015) “el Tribunal Supremo entiende que se trata de un concepto jurídico indeterminado, o sea, de una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial” (p. 785). Sin embargo, la idea de bienestar o el simple concepto de lo que es mejor para el menor es un concepto muy subjetivo ya que es imposible llegar a un acuerdo universal de lo que está bien y lo que está mal. Las leyes y los conceptos ambiguos tienden a traer consigo un margen para las opiniones, todas ellas subjetivas por supuesto, y este es el caso de lo que entendemos por interés superior del menor. A continuación veremos como en los casos de maternidad subrogada se manifiesta un conflicto entre lo que es y no es bueno para el menor destacaremos que consideran algunos autores que es lo mejor para el mismo.

El Tribunal Supremo como veremos en el estudio de los pronunciamientos del mismo en el apartado quinto del presente trabajo, se ha decantado por otorgar la prestación basándose en la necesidad real que se le crea al menor nacido por medio de esta práctica y la analogía que encuentran entre la maternidad en casos de maternidad subrogada y la maternidad en casos de adopción o acogimiento. Sin embargo este último razonamiento ha recibido críticas no solo de algunos autores sino además de magistrados quienes en las sentencias que favorecen la concesión de la prestación no han dudado en posicionarse en contra de la decisión mediante su voto particular.

J. Espada (2017) “no considero que por mor de garantizar el interés superior del menor pueda justificarse tal interpretación analógica” (p. 146). Espada considera que existen otras vías para una efectiva protección del menor tales como la adopción sin que se tenga que acudir a semejante práctica. Sin embargo, autoras como C.C.

Valdés consideran que se tendría que considerar la práctica como una solución más a los problemas de fertilidad y sobre todo una oportunidad más para las parejas homosexuales en especial de las formadas por hombres pues:

Como en el supuesto de la adopción, si tales parejas pueden ofrecer un hogar con amor y responsabilidad a los niños concebidos de este modo, particular que deberá evaluarse adecuadamente en cada caso, ello no afectaría el interés del menor y no se cercenaría el derecho a reproducirse de los homosexuales. (Valdés, 2014, p. 468).

Además considera la autora que este tipo de contratos no puede afectar al interés del niño pues los intereses de los niños pequeños siempre coinciden con el de los padres. Por último alega que “La gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución” (Valdés, 2014, p.480).

A.P Garibó destaca las razones por las que se considera que el contrato de maternidad subrogada atenta contra el interés del menor siendo estas la cosificación del menor al que se trataría como un objeto producto del “deseo o los intereses de los adultos” ajenos a él; el atentado contra la dignidad del menor; la problemática que supondría separarle de la gestante con quién se han creado lazos durante la duración de la gestación y separación la cual es aún peor en aquellos casos en los que la gestante es también la madre biológica; las discrepancias que pueden surgir entre padres comitentes y gestante y que podría derivar en un mal mayor para el menor. Sin embargo, establece que:

Al margen de lo criticable que pueda ser el modo en que se ha producido el nacimiento de estos niños, lo cierto es que están ahí, y necesitan de cuidados especialísimos en los primeros días de vida así como desarrollar el apego con sus cuidadores primarios, que en este caso son los padres de intención (Garibó, 2017, p.255).

E. Lamm considera que la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió y, en supuestos ordinarios, no se le causa ningún daño. (Lamm, 2012, p.32)

Nos encontramos pues con disputas de este estilo, no solo entre autores, abogados, magistrados, sino también entre tribunales, pues mientras la sala de lo civil se ha decantado por recalcar que el contrato por subrogación es ilegal y que una situación ilegal no podría tener efectos legales, la sala de lo social ha reconocido la prestación atendiendo a la situación de necesidad.

En cuanto a la filiación, a lo largo de la historia, ha estado determinada por el parto sin embargo, hoy en día este concepto ha cambiado como consecuencia de la aparición de nuevos modelos de familia y sobre todo gracias a la tecnología que con la aparición de las técnicas de reproducción asistida han concedido una solución a los problemas que se presentaban a la hora de construir una familia.

La Real Academia Española la define como la procedencia de los hijos respecto a los padres. El artículo 108 del código civil por su parte, establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, que la primera de estas puede ser matrimonial o no matrimonial y que se denomina matrimonial a aquella que se derive cuando los padres se encuentren en situación de matrimonio. Por otra parte, establece que no existe ninguna diferencia en lo referente a los efectos que cada una pueda dispensar.

Al hablar de la maternidad subrogada es muy importante detenerse en el tema de la filiación pues como hemos podido observar las leyes no contemplan una filiación que no derive o de una maternidad natural o de una por adopción. En el caso de una gestación por sustitución, nos encontramos con la problemática de a quién corresponde la filiación del menor pues en este caso la persona que gesta al menor no es la que en un futuro actuará como madre ni velará por el bien del mismo, sin embargo en territorio español la filiación viene determinada por el parto. Entran pues en conflicto dos intereses, el primero de ellos es el del ordenamiento jurídico español el cual ha venido rigiéndose por el principio de que solo es madre aquella que gesta y que establece la filiación como algo biológico. O, como establece J. Sanz-Diez (2006), “es la relación o vínculo que se establece entre una persona y sus progenitores. Inicialmente es un puro hecho biológico que se basa, pues, en el vínculo natural de sangre que se crea cuando una persona ha sido procreada o engendrada por otra”. En segundo lugar nos encontramos con el segundo interés, el del menor.

La filiación según el art 113 del Código civil se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de

paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. En cuanto a la filiación en los caso de gestación por sustitución la opción que se ha mencionado en varias ocasiones es la de que el padre comitente (que generalmente suele ser el donante de gametos) realice la correspondiente reclamación de paternidad y posteriormente su pareja adopte al menor, sin embargo, establecen Nicasio, Núñez y Pizarro (2015) que esto supondría, en los casos en los que quienes donan los gametos sean tanto el padre como la madre comitente, un trato diferente para la madre que para el padre permitiéndole al mismo reclamar la paternidad mientras que a la madre se le limitaría con ser la madre adoptiva. Más concretamente establecen:

El artículo 39 de la Constitución Española consagra la investigación de la paternidad, reconociendo el derecho de todo individuo al conocimiento de su filiación biológica, que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encuentra incardinado en el propio derecho a la vida privada del individuo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero la norma sin más prohíbe la determinación de la filiación biológica materna en este supuesto, restando únicamente el trámite de la adopción (Nicasio, Núñez y Pizarro, 2015, p. 256).

A pesar de la opción dada anteriormente, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución es el “salvoconducto” de aquellas personas que llevan a cabo un contrato de maternidad subrogada en el extranjero pues la misma incluye el supuesto entre aquellos en los que es posible la filiación, siempre y cuando la filiación en sí ya haya sido determinada por un Tribunal competente del país en el que se haya llevado a cabo la práctica, así esta instrucción permite reconocer directamente a los padres comitentes como padres del menor - siempre y cuando se cumpla con lo establecido-.

La filiación en estos casos también resulta muy importante a efectos de determinar el hecho causante de la prestación por maternidad en los casos en los que la misma se solicite -pues de buenas a primeras, al tratarse de un supuesto ilegal en territorio español se presupone también la negativa a la concesión de dicha prestación- pues como veremos en los siguientes apartados, los tribunales españoles se han posicionado a favor de que el hecho causante de la prestación por maternidad en estos casos sea la correspondiente filiación del menor y no el nacimiento, partiendo de la similitudes que los propios tribunales establecen entre maternidad por sustitución y

maternidad por adopción y acogimiento, las razones que llevan a los tribunales a esta conclusión se encuentran detallados en el siguiente apartado.

5. Pronunciamientos y sentencias de los tribunales españoles

A lo largo del presente trabajo hemos conocido, en el estudio de la filiación desarrollado en el apartado cuarto, las consecuencias que se derivan de la filiación de un menor que ha nacido por medio de la puesta en práctica de la gestación por sustitución y la posterior solicitud de la prestación por maternidad a favor de los padres comitentes. Hemos conocido los diversos problemas que se derivan de este hecho partiendo del conocimiento de que esta práctica es ilegal en territorio español y por esta razón el Instituto Nacional de Seguridad Social ha denegado todas y cada una de las solicitudes de prestaciones que han derivado de situaciones como estas.

Hemos visto cómo el problema no surge con el nacimiento del menor, ni siquiera con la filiación del mismo pues, como ya hemos destacado en reiteradas ocasiones la filiación en estos casos es totalmente posible siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos establecidos en Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. El problema surge cuando se pretende acceder a la prestación por maternidad, pues como podemos observar el art. 177 de la LGSS y el art. 2 del RD 295/2009, de 6 de marzo la maternidad subrogada no está reconocida como situación protegida por esta prestación.

Hemos conocido también las diferentes razones para negar las prestación de maternidad en estos casos y diversas, y en algunas ocasiones controvertidas opiniones de varios autores al respecto. Incluso en algún apartado hemos conocido el posicionamiento de algún tribunal. La finalidad de este apartado es la de reunir y destacar los posicionamientos que han tenido los diversos tribunales españoles en cuanto a la materia en cuestión.

5.1. Pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia

En lo referente a los Tribunales Superiores de Justicia españoles, los respectivos pronunciamientos al respecto difieren bastante unos de otros, nos podemos encontrar con sentencias que niegan la prestación, como la sentencia del 7 de julio de 2014 del

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la del 13 de mayo del mismo año correspondiente al TSJ del País Vasco, y la del 5 de octubre de 2015 del TSJ de Madrid. Sin embargo, podemos observar como en las recientes sentencias, los Tribunales Superiores de Justicia han adoptado una postura favorable a la concesión de la prestación siguiendo los pronunciamientos que ha tenido el TS en casos como las sentencias dictadas en el año 2016, 25 de octubre, 16 de noviembre y 30 de noviembre, posteriormente veremos las razones que han llevado al Tribunal Supremo a tales pronunciamientos.

Resulta conveniente destacar cuáles han sido las razones que han llevado a estimar o desestimar los recursos interpuestos en cuanto a la prestación por maternidad en los casos de gestación subrogada. La sentencia del TSJ de Madrid de 13 de marzo de 2013 se pronuncia ante una sentencia que niega el derecho a la prestación por maternidad a los padres comitentes en un caso de gestación subrogada, según el TSJ la sentencia a la que responde se desenfoca del núcleo jurídico del litigio, es decir, prestaciones que son técnicas tuitivas que protegen al menor, que no tiene ningún sentido invocar la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, pues no regula las prestaciones ni tiene por objeto condicionar la atención del menor, que la defensa jurídica de la entidad gestora se centra en defender la maternidad biológica en un supuesto en el que la misma no puede determinarse y no es equiparable con la que se presenta en esta ocasión, y por último establece que el demandante de la prestación tiene una posición similar a la de los padres que adoptan o acogen pues la finalidad es la misma ya que en la adopción a los padres se les confieren los mismos derechos que los padres en maternidad biológica sólo gracias a una resolución judicial o administrativa y esta situación -maternidad subrogada- es semejante pues aunque no se trate del mismo título jurídico, es un título que está reconocido por el estado. La sentencia, amparada por las razones antes expuestas, concluye por estimar el recurso interpuesto por D. Mario -padre por sustitución- contra el INSS.

Nos encontramos también con la sentencia del 5 de Octubre de 2015 del TSJ de Madrid, en la cual se desestima el recurso interpuesto contra el INSS por D. Rodolfo, quien aparece como progenitor en el libro de familia y en el registro civil de una niña nacida por gestación subrogada. El TSJ le deniega el derecho a la prestación alegando que la situación no está recogida en los supuestos que dan derecho a la prestación por maternidad del artículo 177 de la LGSS. En el año 2017 se lleva a cabo un recurso de casación para unificación de la doctrina en el cual, siguiendo el camino

marcado por las sentencias del 25 octubre, 16 de noviembre y 30 de noviembre de los años 2016, el TS concede a D. Rodolfo el derecho a la prestación por maternidad.

Otro pronunciamiento de los TSJ que merece la pena destacar es el que comentaremos en el apartado sexto respecto al posicionamiento que los tribunales toman en cuanto al hecho causante de la prestación por maternidad en la situación del menor nacido mediante la técnica en cuestión. La sentencia de 4 de noviembre de 2016, recurso 741/16, en la cual el TSJ de Canarias determina que el hecho causante en los casos de maternidad subrogada es la filiación y que se corresponde con aquel que se tiene en los casos de adopción o acogimiento atendiendo a las similitudes que el propio tribunal establece entre ambas situaciones -maternidad subrogada con adopción o acogimiento-.

5.2. Pronunciamientos del Tribunal Supremo

En cuanto a los pronunciamientos del TS, la sentencia de 19 de octubre de 2016 reconoce la prestación por maternidad a una pareja que la solicita como consecuencia de tener un hijo fruto de una gestación por sustitución. La prestación fue denegada por el INSS sin embargo la pretensión se ve estimada tanto por el juzgado de lo social, los tribunales superiores de justicia y para terminar por el Tribunal Supremo quien basa su decisión en la interpretación de la directiva 92/85/CEE. Esta directiva establece en su artículo segundo los conceptos que la misma entiende como mujeres merecedoras del descanso por maternidad, esto es:

a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;

b) trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales;

c) trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales¹³.

¹³ Artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Sin embargo, se trata de una directiva que debe ser acatada en los estados miembros pero que no es condicionante, es decir, que solo establece unas bases y atribuye a estos países un margen para que puedan adaptarla como ellos consideren. Es esto a lo que se remite la citada sentencia en su razonamiento para estimar la prestación pues en territorio español no solo se considera merecedora de la prestación aquella que haya dado a luz, que se encuentre en periodo gestacional o que se encuentre amamantando sino que, según lo establecido en el art. 177 de la Ley General de la Seguridad Social, también se consideran merecedores aquellas personas que se encuentren en situación de adopción y acogimiento. Concluye la sentencia afirmando que aunque el derecho comunitario no contemple la posibilidad de atribuir la prestación en casos de gestación por sustitución, no significa que el derecho español no deba protegerlo, pues ya lo ha hecho en los casos de adopción y acogimiento situaciones que como hemos observado tampoco contempla el derecho comunitario.

La sentencia del TS Social del 25 de octubre de 2016, junto a otras dos sentencias que comentaremos posteriormente, marcan un antes y un después en cuanto a la concesión de la prestación por maternidad en los casos de maternidad subrogada, pues realizan un extenso estudio de las razones por las que deciden conceder la prestación. En esta sentencia la parte actora es el INSS quien decide formular recurso de casación para unificación de doctrina de dos sentencias, una de ellas estimaba el recurso de suplicación formulado por D. Juan Enrique, contra la desestimación de su petición a que se le reconociera la prestación por maternidad de dos niñas nacidas en Nueva Delhi producto de una gestación subrogada y quienes estaban inscritas como hijas de D. Juan Enrique en el registro mediante sentencia judicial. En cuanto a la sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2015, nos muestra una situación similar en la que la pretensión de obtener la prestación por maternidad se ve desestimada. A pesar de comentarse durante la sentencia la duda sobre si existe de verdad contradicción o no entre ambas sentencias, el recurso es finalmente resuelto.

Las razones que da el Tribunal Supremo para estimar la prestación son, entre otras, el interés superior del menor, convivencia e integración del mismo en el núcleo familiar, la no prohibición de la protección de la gestación por sustitución por parte del derecho comunitario, equiparación de la gestación por sustitución a las situaciones de adopción y acogimiento.

En cuanto al interés superior del menor establece que, aunque es cierto que la maternidad subrogada no deriva de un alumbramiento, lo cierto es que la prestación se concede también en casos en los que no existe el mismo. Hace alusión también al art. 39 CE para afirmar que la situación mejor para las menores, para su integridad y la no vulnerabilidad de sus derechos es que estén con aquella persona que es y actuaría como progenitor, es decir el solicitante de la prestación. En lo referente a la equiparación de la situación con la adopción y el acogimiento preadoptivo, la sentencia establece que *pugna* con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre.

Para la defensa de los derechos de los menores y la importancia que se deriva de la inclusión de los menores en el núcleo familiar, el tribunal hace referencia a diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se presentan situaciones en las que él mismo considera que se han vulnerado derechos importantes como el derecho de los menores a la vida privada, nos destaca casos como el de *Menesson* contra Francia, *Labassee* contra Francia, *Paradisso* y *Campanelli* contra Italia y se destacan de los mismos el caso omiso que hacen los tribunales a los derechos de los menores apartando a los mismos de los padres con los que han convivido durante un tiempo y con quienes han creado vínculos importantes para en su caso, destinarlos a instituciones que nunca podrían suplantar el vínculo ya creado. Para establecer la defensa de los derechos de los menores, la citada sentencia establece que no se trata de infringir lo dispuesto en las normas sino simplemente realizar una interpretación de las mismas que permita proteger otros aspectos como es el de la protección del menor.

En cuanto a la interpretación constitucional del asunto, establece la sentencia que aunque se trata de una situación que verdaderamente es nula de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad del mismo no supone la eliminación de la situación de necesidad y además recalca, como hemos comentado en el apartado tercero, que esta no sería la primera vez que una situación de nulidad genera derechos a las personas implicadas como es el caso de la pensión de viudedad en casos de nulidad matrimonial o los efectos que se les reconoce a los matrimonios polígamos. Establece entonces que no se trata de una situación en la que los bloques jurídicos (constitucional y de seguridad social) estén opuestos el uno al otro sino que cada uno atiende a finalidades diversa. En este caso, establece la sentencia que le

competente a la Seguridad Social encargarse de suplir la situación de necesidad que se ha generado.

En lo referente a la Ley 14/2006, de 26 de Mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, la sentencia expresa en su fundamento del derecho segundo: *“La Ley 14/2006 no regula la prestación por maternidad, ni tiene que condicionar la atención a los menores. Cuando una norma colisiona con el principio o cláusula general del interés superior del menor y con el de igualdad con independencia del nacimiento, su aplicación (e incluso su neutralización) debe realizarse conforme a las exigencias derivadas de un principio general prioritario, el del interés superior del menor.”*

Por otra parte, en gran parte de la sentencia se destaca la analogía que se puede interpretar entre los casos de maternidad subrogada y la adopción o el acogimiento. En contra de este argumento, nos encontramos con el voto particular del magistrado Excmo. D. Luis Fernando de Castro Fernández, quien por una parte considera que se trata de un supuesto ilegal y que por lo tanto no existe ninguna laguna que llenar, porque *“no es sólo que el legislador no la hubiese considerado «relevante» a los efectos de su protección jurídica, sino que incluso la ha situado fuera de la legalidad y no acreedora de amparo normativo alguno, siendo así que el art. 10 de la Ley 14/2006 [26/Mayo], sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”*

La segunda sentencia que marca un antes y un después es la sentencia del TS Social del 16 de noviembre de 2016. En ella se sustancia un recurso de casación para unificación de doctrina de dos sentencias, una de ellas que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la actora contra la desestimación de la demanda en contra del INSS por denegar la prestación por maternidad la cual fue objeto de pretensión de la parte actora desde el principio del proceso. Por otra parte, en la sentencia de contraste nos encontramos con una situación similar en la que el TS estima la propuesta y destaca, entre otras cosas, la importancia de la protección del menor. Hace una analogía entre la maternidad subrogada y la adopción y el acogimiento pre adoptivo, atendiendo a la finalidad que mueve ambos conceptos independientemente de sus diversos orígenes. El TS finaliza la sentencia estimando el recurso de casación y anulando la sentencia recurrida.

En cuanto a las razones que llevan al Tribunal Supremo a conceder la prestación por maternidad en un caso de gestación por sustitución, el tribunal reproduce las mismas

razones dadas en la sentencia del 25 de Octubre¹⁴ y, además, añade que partiendo de la idea de que la prestación se concede en mayor parte para protección del menor no concederla supondría una discriminación al menor por razón de nacimiento lo cual va en contra de lo establecido en los artículos 14¹⁵ y 39.2¹⁶ de la Constitución Española.

Digno de mención es el voto particular sobre la sentencia del TS Social del 16 de Noviembre de 2016 del Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana, quien, entre otras cosas, establece que la sentencia en cuestión se limita a mencionar la situación en la que la parte actora reclama la prestación por maternidad al amparo del nacimiento de un menor cuya filiación se le ha atribuido mediante sentencia judicial, pues el menor mencionado es fruto de un proceso de subrogación, proceso cuyo núcleo¹⁷ está expresamente prohibido en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo. López García de la Serrana considera que: *“En efecto, la sentencia reconoce que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, declara la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación por sustitución”,* pero su voto particular se enfoca en criticar que la sala no actúe correctamente atendiendo a la mencionada disposición, y no solo no actúe atendiendo a la misma sino que, además, decide hacer lo opuesto y estimar el recurso y conceder la prestación a la parte actora. En definitiva, hace alusión a la incongruencia que supone el reconocimiento de la ley y su posterior inaplicación.

Por su parte, la sentencia establece en su fundamento de derecho 9.2 que: *“La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos... En nuestro ordenamiento laboral, en determinados supuestos, se reconocen ciertos efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad. Así, cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo, artículo 9.2*

¹⁴ Entre otras, el interés superior del menor, convivencia e integración del mismo en el núcleo familiar, la no prohibición de la protección de la gestación por sustitución por parte del derecho comunitario, equiparación de la gestación por sustitución a las situaciones de adopción y acogimiento.

¹⁵ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

¹⁶ Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.

¹⁷ Ya que no se puede llevar a cabo el proceso sin un contrato, consideraremos al mismo como núcleo del proceso.

ET; en el supuesto en el que se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial, artículo 174.2, actual 220.3 LGSS; cuando se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo, artículo 36.5 LOEX 4/2000;”

La tercera sentencia a destacar de este bloque de sentencias es la de 30 de Noviembre de 2016 la cual se limita a reproducir las argumentaciones dadas en las dos sentencias anteriores y desestima un recurso de casación interpuesto por el INSS contra la sentencia que estima parcialmente el derecho a la prestación por maternidad en casos de maternidad subrogada.

En la sentencia del 30 de noviembre de 2017 en el que se estima el derecho a la prestación a favor del padre comitente D. Rodolfo (caso que hemos comentado anteriormente en el examen de posicionamientos de los TSJ) el tribunal aparte de reproducir las razones dadas en las sentencias arriba comentadas, recalca la importancia de la convivencia donde se crean fuertes lazos entre la menor y quienes aparecen inscritos como sus progenitores en el registro civil y que además la situación de necesidad que se crea es real pues la madre biológica permanece ajena a la convivencia y son los progenitores legales quienes afrontan esa situación de necesidad y son estos que necesitan de respaldo.

5.3. Pronunciamientos del TJUE en materia de maternidad subrogada

Del TJUE podemos destacar dos pronunciamientos que ha sido importantes para clarificar conceptos en cuanto a la gestación por sustitución. Por una parte destacamos la sentencia del 18 de marzo de 2014 (C-167/12), en la cual se presenta el caso de una mujer que solicita el permiso de maternidad como consecuencia de haber tenido un hijo mediante la gestación por subrogada, la problemática la encontramos en la negativa que la empresa le da a la trabajadora a la cual se le contesta que si se tratase de una adopción entonces sí tendría cabida el permiso pero como se trata de un supuesto que no está contemplado en los regímenes y permisos establecidos por la empresa empleadora entonces no procede la concesión del mismo. Ante dicha negativa, la trabajadora formuló un recurso ante el Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne, declarando que mediante dicha negativa se le estaba discriminando por razón de sexo y/o embarazo en contra de lo establecido por la Ley de 2010 sobre la igualdad, la Ley 1996 sobre los derechos de los trabajadores y del Reglamento de 1999 sobre permisos de maternidad y permisos parentales. Por último,

también declara vulneración de los artículos 8 y 14 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Posteriormente, a la actora y su pareja se les reconoce la patria potestad y por lo tanto pasan a ser considerados padres legales del menor. Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne decide entonces anular el procedimiento y plantear una serie de preguntas que cuestionan si realmente la trabajadora en cuestión es merecedora de un permiso por maternidad atendiendo a lo establecido en los artículos 1, apartado 1, y/o 2, letra c), y/u 8, apartado 1, y/u 11, apartado 2, letra b), de la Directiva 92/85, cuestionan también la relevancia que tiene en estos casos que la madre subrogante amamante al menor. Contra estas alegaciones formuladas por la trabajadora, el TJUE considera de suma importancia recordar realmente cual es la finalidad de la directiva 98/85/CEE, es decir, la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, a estos efectos se remite al artículo 8 de la misma directiva y el contenido del artículo 1, además de citar sentencias como la del 12 de julio de 1984 Hofmann, 184/83, Rec. p. 3047, apartado 25 para llegar a la conclusión de que el permiso por maternidad tiene como finalidad la protección de aquellas mujeres que como consecuencia del embarazo se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. En este caso la trabajadora no estaría protegida pues no ha estado embarazada. Aprovecha el tribunal para recalcar que la directiva no obliga a los estados miembros a conceder un permiso por maternidad en estos casos especiales pero tampoco los prohíbe.

En lo referente a las alegaciones sobre discriminación directa e indirecta por razón de sexo y/o embarazo establece el tribunal, por una parte, que negar el permiso por maternidad a una mujer que es madre como consecuencia de la puesta en práctica de un contrato de gestación subrogada no supone un acto discriminatorio por razón de sexo pues aunque el solicitante fuese varón se le denegaría igualmente pues en ningún caso se pone en tela de juicio al género del solicitante sino la legalidad de la práctica. En cuanto al trato diferenciado por razón de embarazo, establece el tribunal que sería imposible alegar trato diferenciado por razón de embarazo cuando no has estado en situación de embarazo como es el caso de la solicitante.

Otra sentencia a destacar es la del 18 de marzo del 2014 (C-363/12) la cual también trata la discriminación en casos de maternidad subrogada pero añade una alegación sobre discriminación por razón de discapacidad. La sentencia nos presenta el caso de una mujer que no puede quedarse embarazada debido a una rara enfermedad por la cual la mujer es fértil pero no tiene útero. En este caso se tiene en cuenta la definición

de discapacidad dada por la directiva 2000/78 en la cual se establece que la misma debe suponer una barrera para la vida profesional de la trabajadora, en este caso, no se niega que la enfermedad no afecte a la trabajadora pero no supone un impedimento para el trabajo con lo cual no supone una discapacidad y la denegación del permiso no deriva en discriminación.

6. Hecho causante en el caso de la Maternidad Subrogada

El hecho causante es, probablemente, lo más importante a la hora de hablar de una prestación de la Seguridad Social porque tanto la duración, el derecho o no a percibir la prestación y, hasta la cuantía de la misma, dependen de este hecho. La Seguridad Social lo define de la siguiente manera: “Se entiende por hecho causante de una prestación aquél que da lugar a la realización de la contingencia o situación protegida y que ha sido fijado por la ley o por el reglamento en fecha determinada (por ejemplo, la muerte para la pensión de viudedad, el cumplimiento de la edad y el cese en el trabajo para la pensión de jubilación, etc.)”¹⁸.

Como hemos destacado anteriormente, la maternidad a efectos de prestaciones de la Seguridad Social, atiende a varios supuestos siendo estos la maternidad, la adopción, guarda con fines de adopción y el acogimiento con duración mínima de 1 año¹⁹. Partiendo de esta base debemos destacar que el hecho causante no será el mismo para cada uno de los supuestos, en el caso de la adopción, el hecho causante será la fecha de la resolución judicial. En el supuesto de guarda con fines de adopción, el hecho causante será la fecha de la resolución administrativa, sin embargo, existe la posibilidad de empezar a disfrutar del descanso con 4 semanas de antelación a la fecha de la resolución para aquellos casos en los que la adopción o el acogimiento sean internacionales, así, la edad que tenga el beneficiario en la fecha en la que inicie el descanso será importante para determinar si existe o no la obligación de cumplir con el periodo de cotización mínimo (atendiendo como hemos destacado en el principio del presente trabajo a si se es mayor o no de 21 años en ese momento)²⁰.

En el caso de la maternidad biológica, de acuerdo con el artículo 178 de la Ley General de la Seguridad Social, el hecho causante es el parto, sin embargo también es necesario valorar por una parte, la edad que tiene la beneficiaria en el momento del parto y la edad que tiene en el momento en el que inicia el descanso así, la prestación no valorará la existencia o no del periodo de carencia para aquellas madres que en el momento de iniciar el descanso, sean menores de 21 años y para aquellas que sean

¹⁸ Seguridad Social. (2018) Recuperado de: http://www.seg-social.es/Internet_1/Glosario/index.htm?ssUserText=H#12035.

¹⁹ LGSS art. 177.

²⁰ Según lo establecido en el art. 178 de la LGSS y el art 48.5 de TRLET.

mayores de esta edad, el periodo que se exigirá dependerá de la edad que tenga en el momento de dar a luz.

Nos encontramos pues con la primera problemática en cuanto al hecho causante de la prestación por maternidad, problema que surge con la interpretación múltiple que se puede dar de la misma para casos como el que tratamos en el presente trabajo, es decir, la maternidad subrogada.

En la medida que, como hemos comentado anteriormente, la maternidad subrogada no tiene regulación en el ordenamiento español, es de esperar que no sepamos cuál es su hecho causante, su cuantía y su duración, pues es una situación en la que la persona que da a luz (gestante) no coincide con la persona que solicita la prestación (padres comitentes), además, para que esta persona pueda solicitar la prestación, es necesario que, mediante resolución judicial del país en el que se lleva a cabo la práctica, se establezca que dicha persona es progenitor/a del menor en cuestión.

Sin embargo, el hecho de no tener regulación no ha limitado a los tribunales españoles, a los que han llegado múltiples casos de esta índole, a conceder dicha prestación.

A continuación realizaremos un análisis de uno de los cimientos de las prestaciones, es decir, el hecho causante, en los casos de maternidad subrogada y como se ha llegado a entender al mismo en diferentes situaciones.

6.1 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya del 9 de marzo de 2015 (recurso 126/2015)

En la mayoría de los casos en los que se ha estimado la concesión de la prestación, la filiación del menor, que nace como consecuencia de un contrato de subrogación, se ha establecido como el hecho causante de la misma. Sin embargo, existen algunas sentencias que han tenido una considerable dificultad para establecer el hecho causante. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 9 de marzo de 2015 (recurso 126/2015) es llamativa en tanto que realiza un extenso análisis y llega a la conclusión de que la situación de los padres en supuesto de maternidad subrogada se asemeja a la de aquellos padres en situación de adopción o

acogimiento pues ambas situaciones necesitan de una resolución judicial para establecer la filiación del menor.

Como en la mayoría de sentencias que hemos analizado en el presente trabajo, en la sentencia del 9 de marzo de 2015 (recurso 126/2015) se presenta una situación en la que un progenitor solicita la prestación por maternidad de un menor que es concebido mediante un contrato de subrogación y posteriormente es inscrito como primogénito del mismo. El INSS deniega la solicitud de prestación por ser una situación que no se encuentra entre las protegidas. Ante la denegación por parte del INSS, D. Saturnino, el solicitante de la prestación, presenta demanda con fecha de 15 de mayo de 2013, la cual se estima, y cuya estimación obliga al INSS a pagar la cantidad que se corresponde con la mencionada prestación. Contra esta sentencia estimatoria el INSS presenta un recurso de suplicación, recurso que es resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 9 de marzo de 2015 (recurso 126/2015). En esta sentencia, la cual desestima las pretensiones de la parte actora en contra de la sentencia estimatoria a favor de D. Saturnino, se realiza un análisis detallado de las razones por las cuales se considera oportuna la concesión de dicha prestación haciendo referencia a varias sentencias (sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Catalunya de 23 de noviembre de 2012; sentencia del mismo Tribunal de 13 de marzo de 2013 (recurso 3783/2012), entre otras).

La razón que predomina entre todas las que se dan en esta sentencia²¹ es la similitud entre la maternidad subrogada y los supuestos de adopción y acogimiento atendiendo al interés superior del menor.

Podemos observar cómo esta razón se plasma en la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Catalunya de 23 de noviembre de 2012, la cual establece la importancia que supone el interés del menor a la hora de conceder estas prestaciones, estableciendo en su fundamento del derecho segundo que lo más importante no es establecer si la filiación es correcta o no, lo importante surge cuando hay un menor que necesita ser amparado y unos padres de quienes el menor es asegurado. Destaca que si la prestación se ha empleado en situaciones en las que no existe alumbramiento será porque lo más importante es proteger al menor y recalca que

²¹ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 9 de marzo de 2015 (recurso 126/2015).

tanto es así que el RD 295/2009²² extiende la protección no solo a situaciones como la adopción o el acogimiento sino que también permite la protección que se encuentre en cualquier situación cuya finalidad sea similar a la adopción o acogimiento y en la que su filiación se derive de una resolución judicial o administrativa extranjera. Esta sentencia concluye con la afirmación de que, atendiendo al interés del menor, efectivamente, la situación de maternidad subrogada es equiparable con la de adopción y el acogimiento.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de marzo de 2013, basándose también en el interés superior del menor, se adentra un poco más en el tema y recalca la carencia que supone utilizar como defensa la ilegalidad de la filiación pues, según el tribunal: "...el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado... (si) la prestación de paternidad o de maternidad -avanza la Sala de Madrid en su razonamiento- son técnicas sociales tuitivas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlos de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres"; Además, recalca el sinsentido que supondría regular estos casos mediante la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida pues, se trata de una ley que no regula la prestación "ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores (sino la de) proteger la maternidad biológica" establece además esta sentencia que, al no darse una definición concreta de maternidad o al no concretar a qué se refiere con "maternidad" en el art 133 bis²³ de la LGSS "obliga a remitirnos al concepto general de estado o cualidad de madre, que no exige ineludiblemente el previo hecho del parto de esa madre, aunque éste sea el primer supuesto, de ahí que se le parigalen la adopción y el acogimiento, si bien como situaciones distintas y claramente diferenciadas de dicha maternidad biológica".

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 9 de marzo de 2015 (recurso 126/2015), posterior al análisis de las razones (entre ellas las que hemos expuesto arriba) desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS.

²² Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

²³ "A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto pre adoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores..."

Esta sentencia sirve a su vez como pilar de la siguiente sentencia que comentaremos a continuación, la cual hace hincapié en el tema en cuestión, es decir, el hecho causante en los casos de maternidad subrogada.

6.2 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria del 4 de noviembre de 2016. (Recurso 741/16)

En este caso se lleva a cabo un recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia que estima la inicial demanda interpuesta por D. Daniel mediante la cual solicitaba, el día 10 de marzo de 2015, la prestación por maternidad figurando el mismo como progenitor de una menor nacida mediante un contrato por gestación subrogada. El problema de la mencionada situación, pasando por alto que la situación en sí puede ser considerada fraudulenta pues no se adhiere a ninguna ley española, es el tiempo que transcurre desde el nacimiento de la menor, hasta la correspondiente filiación siendo el nacimiento el 9 de Julio de 2014 y la filiación el día 5 de Febrero de 2015. El INSS le deniega la prestación alegando que pasan más de 3 meses desde el nacimiento, el cual entiende como hecho causante, hasta la solicitud de la prestación, fecha en la cual se considera vencido el plazo de dicha prestación, atendiendo como ya hemos mencionado anteriormente, al nacimiento.

La sentencia que resuelve el recurso de suplicación, por otra parte, entiende que el hecho causante es la filiación del menor y es por esta razón por la que estima la pretensión de D. Daniel y le confirma el derecho a la prestación por maternidad.

La sentencia en cuestión, hace referencia a la del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 9 de marzo de 2015 (recurso 126/2015) antes analizada, en la cual se considera, como ya hemos recalado con anterioridad, que la situación de los padres en los casos de maternidad subrogada se asemeja a los casos de los padres en procesos de adopción o guarda legal puesto que ambos necesitan de una resolución judicial/administrativa para establecer la filiación del menor, por lo tanto, el INSS estaría errado al considerar la maternidad subrogada equiparable a la maternidad biológica y no a los demás supuestos que resultan con los cuales, considera el Tribunal de Justicia de Catalunya, tiene más similitud.

En el caso de la maternidad subrogada el INSS ha equiparado el supuesto, a los efectos de fijación del hecho causante, a la maternidad por parto, prescindiendo de la

posibilidad de anticipo de descanso, que carece de razón de ser en este caso. Tal solución es acorde con la finalidad pretendida por la maternidad subrogada, que es gestar a un hijo por cuenta de un tercero para transferirlo a este, que lo criará como propio. (Moreno, 2017, p. 264)

También hace referencia la sentencia al artículo 43 de la LGSS, en el cual se establecen los plazos de prescripción para las prestaciones, y a la sentencia de 29 de marzo de 2011 (recurso 1370/2010), con la cual comparte criterio pues la misma concluye en que debe reconocerse el hecho causante a partir de la fecha de la resolución judicial y no del parto, atendiendo al supuesto como uno semejante al de adopción, esto es, "...entre el inicio del cómputo del plazo trimestral de prescripción (5 de febrero de 2015), y la reclamación administrativa presentada ante el INSS en reclamación de la prestación de maternidad (10 de marzo de 2015), no había transcurrido un periodo superior a tres meses, es claro que la parte actora no ha incurrido en la prescripción alegada. Por ello -concluye el tribunal- debe desestimarse también, este segundo motivo del recurso."

Por consiguiente, se desestima el recurso interpuesto por el INSS y se confirma la sentencia de fecha 29 de febrero de 2016 del Juzgado de lo Social nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria, sentencia que estimaba en instancia el derecho a percibir la prestación.

7. Conclusiones

Hemos llegado pues al final del examen sobre la prestación por maternidad en los casos de maternidad subrogada. A modo conclusivo me gustaría en primer lugar destacar la oportunidad que me ha brindado este trabajo para enriquecer los conocimientos básicos con los que contaba al principio del mismo, me ha ayudado a entender y conocer aspectos que desconocía sobre la materia y, sobre todo, me ha ayudado a fundamentar la idea que, inicialmente y desde mi ignorancia, tenía sobre la protección de los menores nacidos mediante esta práctica.

He descubierto la problemática que rodea no solo a la legalidad de la práctica sino también a las consecuencias que se derivan de la misma, en concreto los problemas que se derivan de la solicitud de la prestación por maternidad. Es este el punto de partida de los casos que posteriormente hemos conocido en el estudio de la jurisprudencia. Gracias a este estudio hemos conocido el razonamiento para la inicial denegación de la prestación por parte del INSS, la formulación de la demanda sobre dicha denegación, la resolución en primera instancia y la interposición de los recursos de suplicación y casación para unificación de doctrina. Hemos conocido el reciente cambio de criterio del Tribunal Supremo, cambio que se ha decantado por el reconocimiento de la prestación y que junto a las resoluciones del TJUE han influenciado al criterio de los Tribunales Superiores de Justicia el cual antes de sentencias como las del 25 de Octubre o 30 de Noviembre del año 2016, era bastante incierto reconociendo la prestación en algunos casos y en otros no.

Por otra parte, el estudio realizado en el punto sexto sobre dos sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña en el año 2015 y Las Palmas de Gran Canaria en el 2016 me ha ayudado a entender en primer lugar, las similitudes establecidas por el TSJ de Cataluña entre los padres comitentes en situación de gestación subrogada y los padres en situación de adopción o acogimiento y, en segundo lugar el establecimiento del hecho causante de la prestación por maternidad en los casos de gestación subrogada llevado a cabo por el TSJ de Las Palmas y basado en la similitud establecida en la resolución mencionada del TSJ de Cataluña.

He descubierto la dureza con la que se defienden las dos posturas que se nos presentan y he visto como no hay ni, en mi opinión, puede haber -al menos hasta la

llegada de una regulación- punto medio. He conocido los controvertidos razonamientos para la defensa de dichas posturas y ha llamado especialmente mi atención la escasez legal que existe al respecto de este tema.

La mencionada escasez legal es la promotora de la mayor parte de la problemática en la que hemos conocido no sólo opiniones diversas sino que también hemos podido ver diferentes respuestas por parte de los diferentes tribunales, y es que como destaca la sentencia del TS Social del 25 de octubre de 2016 no se trata de entender a los bloques jurídicos de una manera opuesta el uno al otro sino de entender que cada uno responde a una necesidad diferente.

Por otra parte, se han destacado los problemas en los que puede derivar la práctica como son la cosificación de la mujer, la explotación de la misma o la consideración del menor como un objeto. Frente a esta opinión coincido con varios autores en que el ordenamiento español sigue estancado en la idea convencional de familia, es esta idea la que no concibe por una parte que una mujer sea capaz de tomar la libre decisión de gestar un menor para posteriormente entregarlo a quién será su madre y le dará los cuidados que merece. Esta idea no concibe la diversidad que traen los tiempos modernos, no concibe un modelo diferente de familia y en definitiva se presenta muy rígida ante los cambios. Por supuesto que la práctica puede derivar en situaciones peligrosas, pero en mi opinión precisamente para esto han sido creadas las leyes, considero que la solución no es negar la realidad sino afrontarla y adaptarse a la misma. Negando la práctica se está limitando a aquellas personas que no pueden concebir naturalmente un hijo a la única posibilidad de adoptar, proceso que además tampoco resulta igual al de tener un hijo propio. Negando la práctica se está incitando a estas personas a irse a otro país, llevarla a cabo y volver aquí para que, después de un duro procedimiento, vean sus pretensiones estimadas- como está sucediendo cada vez más-.

Sin embargo, el objetivo de este trabajo no es en lo absoluto comentar si la gestación por sustitución debe ser o no reconocida en territorio español, sino más bien destacar que en el momento en el que existe un menor de por medio que necesita cuidados y atención, se crea una situación de necesidad que debe ser cubierta y es entonces cuando debe entrar en materia la seguridad social quién debe asegurarse de que el menor se encuentra en las mejores condiciones. Coincido también con varios autores en que no se deben mezclar conceptos pues el hecho de que la práctica sea ilegal o no, no debe derivar nunca en un mal superior para el menor. De lo que sí estoy

totalmente segura es que ninguno de los que estamos hoy vivos pedimos nacer y aun así aquí estamos, no creo- ni yo personalmente ni la ley- que nadie deba verse limitado ni afectado por algo tan ajeno a él como el nacimiento.

8. Bibliografía

Bataller i Ruiz, E. Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución. *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 2, 2015, pp. 777-788

Espada Llorens, J. Nuevos retos de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad. *Lan Harremanak revista de relaciones laborales*, nº38, 2017, pp. 126-151

Fernández Orrico, F.J. Maternidad, paternidad, riesgos durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Prestación para cuidado de menores enfermos de cáncer u otra enfermedad grave. *Manual básico de Seguridad Social*, 2016, pp. 207-229. Barcelona: Atelier.

García Rubio, MP., y Herrero Oviedo, M. Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas. *Anales de la cátedra Francisco Suárez Revista de filosofía política y jurídica*, 2018.

Igareda González, N. La inmutabilidad del principio “Mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, no 21, 2015.

Lamm, E. Gestación por sustitución. *InDret revista para el análisis del derecho*, nº 3, 2012. Recuperado de: WWW.INDRET.COM

Moreno Pueyo, MJ. La maternidad subrogada y prestación de maternidad. Reconocimientos del derecho y efectos económicos del mismo. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº202, 2017, pp. 259-266

Nicasio, I., Núñez, M., y Pizarro, E. El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción. *Derecho Privado y Constitución*. Núm. 29, 2015, pp. 227-261 <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.29.06>

Nuño, L. Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler. *Revista de Filosofía Moral y Política* N.º 55, julio-diciembre, 2016, pp. 683-700

Ordás Alonso, M. El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 9, 2016.

Ostos, J.M. En torno al interés superior del menor. *Anuario de justicia de menores* nº 12, 2012, pp.39-66.

Valdés Díaz, C. La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, pp. 459-482

Vicente Palacio, A. Cambios sociales y prestación económica de maternidad (Sobre la Maternidad subrogada). *Revista de derecho de la Seguridad Social*, n12, 2017, pp. 123-141

Vilar, S. Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, pp. 897-931

9. Anexo. Relación de Sentencias

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Asunto (C-167/12), del 18 de marzo de 2014

Asunto (C-363/12), del 18 de marzo del 2014

Tribunal Supremo

STS 897/2016, del 19 de Octubre de 2016 (rcud. 1650/25).

STS 881/2016, del 25 de Octubre de 2016 (rcud. 3818/2015).

STS 953/2016, del 16 de Noviembre de 2016 (rcud. 3146/2014).

STS 1021/2016, del 30 de Noviembre de 2016 (rcud. 3183/2015).

STS 972/2017, del 30 de Noviembre de 2016 (rcud. 4105/2015).

Tribunal Superior de Justicia

STSJ 216/2013 de 13 de marzo de 2013, Madrid, (Resup. 8783/2012)

STSJ de 4 de noviembre de 2016, Las Palmas de Gran Canaria, (Resup. 741/16)

STSJ 612/2014 de 7 de julio de 2014, Madrid, (Resup. 142/2014)

STSJ 944/2014 de 13 de Mayo de 2014, País Vasco, (Resup. 749/2014)

English Summary

In the present Final Degree Project, we intend to study the most relevant aspects of maternity benefit in cases of surrogate motherhood.

The issue that will be addressed throughout the work is a controversial issue since, at present, due to the scarce regulation and the existence of prohibitions that we will know later, the surrogate pregnancy is not allowed to take place in Spanish territory and it is a subject in which two clear positions are shown: those who are in favor of recognizing the benefit in those cases and those who are against this recognition.

The reason that has motivated me to choose this topic is mainly the little knowledge I had about it because it is a subject that has been marked by the illegality of the practice in many countries and therefore has been treated as a taboo subject. However, every day there are known more cases referred to this topic. This kind of taboo, has created in me a desire to learn more about the subject and what better opportunity to learn from it than an academic work like the one I present below to which I have dedicated time and effort. With this work I hope to reach a level of knowledge of the appropriate topic for its later defense and find the reasons to support it.

The work will be structured in the following way, in the second section i will try to define the surrogate pregnancy and the antecedents of it will be commented. Later in the third section we conducted an examination of the law 14/2006 on techniques of assisted reproduction because this law is one of the few Spanish laws that refer to surrogate pregnancy. In the fourth section, an analysis more related to civil law is carried out, it focuses on defining the child's interest based on definitions given by some authors, and later i focus on showing the debate that is created around said principle and the double perspective what is given to it. On the other hand, the fourth section also commits the filiation of the minor born through surrogate pregnancy, and the problems that may arise from it, as well as the relevance of the Instruction of October 5, 2010 in this case. In the fifth section a study is made of the pronouncements that the different courts have had in the most relevant sentences in this regard and the reasons that have led them to such pronouncements. The sixth section develops the event causing the maternity benefit in cases of surrogate motherhood, taking into account the difficulty involved in establishing it and the pronouncements of the Superior Court of Justice in this regard.

Finally, in the seventh section we will find the most relevant conclusions of the subject in question

When we talk about health insurance benefits, we refer to the subsidy that has been attributed to the worker as a result of the suspension of his employment contract, for specific reasons and, therefore, the suspension of the employer's obligation to pay wages. In the case of maternity benefit, this is the subsidy that is given to the cause of the same by health insurance to protect a situation of need in which one of the parents, which usually is the mother, her employment contract is suspended and, therefore, wages, because of pregnancy or the intention to adopt or take a child in. Or as the professor A. V. Palacios expresses, "it is a substitute income from the income that is not received as a result of the suspension of the contract". This benefit meets several requirements, one of the most important being that the situation of the worker is included in what is considered "protected situations". These situations are biological motherhood, adoption, guardianship for purposes of adoption or foster care, as long as their duration is at least one year. As can be seen, the situation of the mother-principal does not appear expressly stated. As a second requirement it will be required that the person who is going to enjoy the benefit is registered in the Social Security. And, as a third requirement, grace periods will be required depending on the age, taking into account that those under 21 years old will not be asked for that period. The duration of the benefit is sixteen weeks that can be enjoyed at any time that the worker considers appropriate, taking into account that six weeks will correspond to the mandatory rest, mainly intended for rest and recovery of the mother in case of biological birth

We have seen that the maternity benefit consists of two types of breaks, the mandatory six weeks after childbirth, and voluntary rest, which are the remaining 10 weeks, which, as we have already mentioned, can enjoy at any time, either before or after the mandatory rest (article 48.4 ET). The worker who will enjoy the permit will have the possibility to decide if she wants to share part or all of the voluntary rest period with the other parent, according to the provisions of article 48.4 second paragraph of Royal Legislative Decree 2/2015, of October 23, which approves the revised text of the Workers' Statute Law.

Law 14/2006, of May 26, on Techniques of Assisted Reproduction, in its tenth article expressly prohibits the surrogacy contract and states that if someone carried it out in Spanish territory the minor would be directly registered as the first-born of the person

gave birth, not of the parent parties. However, many, very diverse and controversial have been the cases that have been presented in Spanish courts in which a child born in a foreign country through this technique has been registered in the registry as the child of the intended parents. The point of connection of the different cases is found, above all, in the filiation of the minor and the request of one of the parents to the maternity benefit.

In the present work, it is intended, on the one hand, to comment on the most relevant aspects of these situations and, at the same time, to carry out a study of them in response to the corresponding request for maternity Health Insurance benefits.

When we mention surrogate motherhood we refer to that practice in which, seeing the impossibility of gestating a child, either because of genetic problems or because of gender, as we will see later, it is decided to resort to a third person to be this one who carries in his womb the fetus, which may or may not have a biological link with the surrogate pregnant woman. It is carried out through a civil contract that specifies all the rights and obligations that both sides must fulfill, both the pregnant woman and the intended parents. The Law 14/2006, of May 26, on techniques of assisted human reproduction establishes in its tenth article the following: "The contract by which the pregnancy is agreed, with or without price, by a woman who renounces the maternal filiation in favor of the contractor or of a third party. The filiation of the children born by gestation of substitution will be determined by the birth. The possible action for claiming paternity with respect to the biological father, in accordance with the general rules, is safe. " This law does not regulate this benefit for motherhood and it would be an error to deny the benefit based on the illegality of the practice and leaving without any protection a situation of real need such as the child's care and attention and everything that this situation supposes however, it has been used many times as a defense for the denial of maternity benefit in these cases and has also had a great impact on different authors who have been concerned to make a study of the reasons for the denial or concession of the aforementioned benefit.

One of the most important reasons for granting the benefit is the importance of the child's interest in these cases which is directly related to its filiation. Although the principle of the child's interest is mentioned in such important precepts, none of them establishes an exact definition of what is the best interests of the child, a principle that

has been decisive for the courts that have dealt with cases of surrogacy as *Menesson* and *Labassee* case against France.

according to definitions given by different authors the child's interest is a will to aspire to the protection and defense of the interest of the minor over other considerations; It is an expression that accepts or subsumes a guarantee principle, in the sense that it revolves around the protection of the minor in terms of his/her rights as a human being; It is a set of actions and processes tending to guarantee an integral development and a dignified life, as well as the material and emotional conditions that allow to live fully and reach the maximum of possible well-being for girls and boys.

We know that when we refer to the concept of the child's interest, we are thinking of the best for the child, and their welfare in all possible areas. However, the idea of welfare or the simple concept of what is best for the child is a very subjective concept since it is impossible to reach a universal agreement of what is right and what is wrong. The Supreme Court has opted to grant the benefit based on the real need that is created for the child born through this practice and the analogy found between maternity in cases of surrogate motherhood and maternity in cases of adoption.

Regarding the filiation, the Instruction of October 5, 2010, of the General Directorate of Registries and Notaries, on the registration regime of the filiation of those born through surrogate pregnancy (which is also directly connected to the interest of the minor, as its purpose is to provide full legal protection for the best interests of the child) is the "safe conduct" of those who carry out a surrogate motherhood contract abroad because it includes this assumption among those in which filiation is possible, as long as the filiation itself has already been determined by a competent court in the country where the practice has been carried out, this instruction allows the parents of the child to be recognized directly as parents of the child - as long as it complies with the established-

Throughout this work we know the consequences that derive from the filiation of a child born through the implementation of pregnancy by substitution and the subsequent request for maternity benefit in favor of the parents. We know the various problems that arise from this fact based on the knowledge that this practice is illegal in Spanish territory and for this reason the National Institute of Social Security (public health insurance in Spain) has denied each and every one of the requests for benefits that

have derived from situations like these .

We observe how the problem does not arise with the birth of the child, not even with the filiation of it, because, as we have repeatedly emphasized, filiation in these cases is totally possible as long as certain requirements established in the Instruction of October 5 are met. of 2010, of the General Directorate of Registries and Notaries, on the registration regime of the filiation of those born by gestation by substitution. The problem arises when you want to access maternity allowance, because as we can see the art. 177 of the LGSS and art. 2 of RD 295/2009, of March 6, surrogate motherhood is not recognized as a situation protected by this benefit. This is one of the reasons why nowadays we get to know many cases like this that are taken to court, because this is the only chance that parents of a child that has been born throughout surrogate motherhood have to be helped and being given a benefit for having a newborn.

We also know the different reasons for denying maternity benefits in these cases and various, and sometimes controversial opinions of several authors in this regard. Even in some section we get to know the positioning of a court. In section fifth we gather and highlight the positions that the various Spanish courts have had regarding the matter in question. In section fifth, an examination is made of the most relevant judgments of the superior courts of justice, the Supreme Court and the European Court of Justice.

As regards the Spanish higher courts of justice, the respective pronouncements in this regard differ from one another, we can find sentences that deny the benefit, such as the judgment of July 7, 2014 of the Superior Court of Justice of Madrid, the of May 13 of the same year corresponding to the Supreme Court of the Basque Country, and that of October 5, 2015 of the Supreme Court of Madrid. However, we can observe how in the recent judgments, the Superior Courts of Justice have adopted a favorable position to grant the benefit following the pronouncements that the TS has had in cases such as the sentences handed down in the year 2016, October 25, November 16 and November 30.

In section sixth, the importance of the causative event is commented because it is the most important thing when talking about a health insurance benefit because both the duration, the right or not to receive the benefit and, up to the amount of the they depend on this fact. The causative event will not be the same for each of the cases set forth in the law that regulates the benefit. In this section, based on the idea that

surrogate pregnancy is illegal but the filiation of children born through this practice is allowed, we comment on a specific case in which it is said what should be the causative event.

Thanks to this academic work i have discovered the problems that surround not only the legality of the practice but also the consequences that derive from it, in particular the problems that arise from the application for maternity benefit. I have discovered the hardness with which the two positions that are presented to us are defended and I have seen how there is not, in my opinion, there can be -at least until the arrival of a regulation- midpoint. I have known the controversial arguments for the defense of these positions and has especially called my attention to the legal shortage that exists in this regard.

The fact of not having regulation has not limited the Spanish courts, to which multiple cases of this kind have come, to grant such benefit. In section sixth we analyze the foundations of benefits, i mean, the causative event, in cases of surrogate motherhood and how it has been understood in different situations. We coment two especific situations that have been taken into court to determinate what should be the causative event of the benefit and in summary, the Supreme Court stablish a similarity between surrogate motherhood and adoption motherhood, so the causative event is derived from a foreign judicial or administrative resolution. One of the sentences concludes with the affirmation that, taking into account the minor's interest, in fact, the situation of surrogate motherhood is comparable with that of adoption.

The aforementioned legal shortage is the promoter of most of the problems in which we have known not only diverse opinions but also we have been able to see different answers from the different courts, and as some sentences highlight, it is not about understanding to the constitutional blocks in an opposite way to each other but to understand that each responds to a different need.

